

**LOS LÍMITES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL:
PLANTEANDO UNA ALTERNATIVA AL SISTEMA
DE PROTECCIÓN TRADICIONAL¹⁷**

ENTREVISTA:

WILLIAM W. FISHER

Professor Hale and Dorr de Derecho de la Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho de Harvard University
Director del Berkman Center for Internet and Society

1. Profesor, teniendo en cuenta la considerable amplitud de los términos de protección y el ámbito de aplicación de los derechos de propiedad intelectual, un hecho que genera lo que se conoce en Derecho y Economía como sistema de captación de rentas, ¿cuál es su impresión, en términos generales, acerca de los derechos de propiedad intelectual?

Esta es una pregunta que abarca diversos temas, para hacer un análisis se debe separar el campo de la Propiedad Intelectual en subcategorías, entonces, lo más importante es diferenciar los derechos de autor y las patentes, por un lado, y el derecho de marcas, por el otro. Un sistema de marcas está diseñado para lograr dos objetivos. El primero consiste en reducir el costo de búsqueda de los consumidores y el segundo es proporcionar a las empresas importantes incentivos para establecer y mantener una alta calidad en los bienes y servicios. Si el sistema de marcas está centrado en prevenir la confusión de los consumidores, y en gran parte está limitado a esto, obviamente logra dichos objetivos; no obstante, en los últimos años, la doctrina de marcas se ha ampliado, comenzando con una innovación en Alemania que ahora es común en Estados Unidos, que consiste en proteger al creador de la marca de lo que se conoce como la dilución, ello no contribuye a la prevención de la confusión en los consumidores ni al logro de los objetivos

del sistema de marcas, pero la doctrina de la dilución representa una desafortunada extensión excesiva del derecho que probablemente tenga mejor aplicación en términos de captación de rentas, en términos de la capacidad de las empresas con marcas famosas ya establecidas para asegurar cambios en la legislación ventajosos para ellas. La mayor parte del sistema de marcas está bien organizado pero se ha extendido demasiado en la dirección equivocada. Los sistemas de derechos de autor y patentes son diferentes, tienen otras aspiraciones. A diferencia del derecho de marcas que ha sido diseñado para promover la competencia, los derechos de autor y las patentes han sido diseñados para suprimir la competencia, de manera más específica, para suprimir la competencia en la producción, distribución y realización de la originalidad o innovación intelectual, más ampliamente, en el contexto artístico, en los contextos de los derechos de autor o patentes. El objetivo principal del sistema es premiar a los innovadores por sus aportes a la sociedad y estimar la actividad inventiva que de lo contrario no existiría, porque los innovadores no podrían recuperar el costo de su aporte a nuestros conocimientos; y no podrían recuperar los costos porque ante la falta de protección contra la competencia, los competidores producirían realizaciones de sus invenciones y un costo marginal de crearlas y distribuir las a un precio equilibrado, evitando que el innovador original recupere el costo

¹⁷ La presente entrevista fue realizada por José Alberto Hato Gálvez y Gonzalo Soriano Castillo alumnos de Décimo Segundo ciclo y de Décimo Primer ciclo respectivamente, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y miembros de la Asociación **ADVOCATUS** Editoris. Agradecemos al Dr. Freddy Escobar Rojas, a la Dra. Mirta Fernández Pappay y al Dr. Oscar Montezuma por su valiosa colaboración en la elaboración y realización de la presente entrevista.

sustancial de realizar la innovación original. Esa es una teoría muy distinta a la teoría de marcas y está potenciada de manera dramática por el sector donde se produce; así, la teoría que acabo de describir es muy recomendable en el sector de los productos farmacéuticos. Las innovaciones farmacéuticas son muy riesgosas, costosas y fáciles de copiar, y si no existiera la protección de los derechos de propiedad intelectual no serían producidas en los niveles en los que actualmente se producen.

En el otro extremo, existen diversos tipos de innovaciones que probablemente se seguirían generando más o menos en los mismos niveles actuales si no existiera la protección de la propiedad intelectual. Por ejemplo, la moda; la industria de la moda ha desarrollado poca protección de la propiedad intelectual pero, a pesar de ello, presenta un alto grado de innovación porque los innovadores han capitalizado otras ventajas, el valor del prestigio de ser los primeros en el mercado con un nuevo modelo de vestido o traje, la relativa ausencia de sensibilidad a las variaciones de precio en su mercado principal pone de manifiesto la sensibilidad a la oportunidad. La mayor parte del debate acerca de la propiedad intelectual, derechos de autor y patentes gira en torno a si en algunos subcampos específicos de la tecnología o el arte existen áreas en las que necesitamos un estímulo adicional del sistema de derechos de autor y patentes. Entonces, finalmente, para responder a su pregunta, existen algunos sectores en los que los derechos de autor y las patentes se han extinguido, ya que probablemente no los necesitan, por ejemplo, las patentes de métodos comerciales, una innovación en los Estados Unidos que también se encuentra disponible en algunas otras jurisdicciones –aunque su protección no se obtiene tan fácilmente fuera de los Estados Unidos– prácticamente innecesarias como una forma de estímulo. Cuando los derechos de autor o las patentes son innecesarias por lo general es socialmente perjudicial contar con ellas porque tienen el efecto de controlar el poder de monopolio sobre una persona, por lo menos si el bien o servicio en cuestión tiene muy pocos

sustitutos, y ello aumenta el precio y afecta a los consumidores. Ese es otro nivel de situaciones en las que el derecho se ha extendido demasiado. Entonces, al igual que el derecho de marcas, el sistema de derechos de autor y patentes, en su mayoría, está organizado de manera sensible, pero no en todos los aspectos, en algunos contextos se ha extendido más de lo que debería.

2. En lo relacionado al caso de las patentes en la industria farmacéutica, si bien es muy cierto que si la protección mediante patentes no existiera, no habría incentivo alguno para elaborar productos farmacéuticos. Sin embargo, también con la propagación de algunas enfermedades como el VIH o SIDA existen países en desarrollo que necesitan, por lo menos momentáneamente, eliminar esta protección, ya que un gran porcentaje de sus ciudadanos no pueden asumir los altos costos de las medicinas que tratan estas enfermedades, ¿cuál es su opinión acerca del peligro que generan estos problemas?

En este momento estoy escribiendo un libro sobre este tema con un ex alumno, Telad Sayeda. Es un tema muy extenso y complicado, la situación a la que nos referimos es muy seria, actualmente alrededor de 9 millones de personas mueren cada año en los países en desarrollo por enfermedades contagiosas, y una parte importante de esas muertes se produjo porque los medicamentos que hubieran evitado la enfermedad o la hubieran curado no se encontraban disponibles o no se encontraban disponibles a precios que las víctimas pudieran pagar. El VIH-SIDA es la más dramática de ellas, alrededor de 3 millones de personas muere cada año de VIH-SIDA, 25 millones de personas están infectadas en África, pero existen muchas otras como la tuberculosis, sarampión, sífilis, diarrea, hepatitis, todas ellas son enfermedades contagiosas para algunas de las cuales no existe cura, o cuando la existe tiene un costo que no puede ser costado por la población de los países en desarrollo. Entonces, es un problema muy serio y la pregunta es qué hacer al respecto. Bueno, una de las razones por las cuales se trata

de un problema difícil es porque tiene dos dimensiones que producen cierta tensión, por un lado, uno no quiere organizar un sistema económico y legal con más incentivos de los que existen actualmente para desarrollar los medicamentos adecuados para las enfermedades en los países en desarrollo en zonas tropicales. Actualmente la mayor parte de los esfuerzos de las compañías farmacéuticas están concentrados en el desarrollo de medicamentos para las enfermedades comunes en Estados Unidos, Canadá, Japón, Europa occidental, Australia y Nueva Zelanda. Esos países, que representan el 20% de la población mundial, producen el 95% de las ganancias de las compañías farmacéuticas y, por lo tanto, no es raro que las empresas se concentren en las enfermedades que son comunes en esos países y no en aquellas que son comunes en el resto del mundo, que representa el 80% de la población mundial. Entonces, el primer problema es que uno quisiera construir un sistema de incentivos que produzca mayor investigación en esas enfermedades. El otro problema es que uno quisiera hacer que los medicamentos que son desarrollados se encuentren disponibles en los países en desarrollo a un menor precio. Estos dos objetivos son meras intenciones, porque, si todos los medicamentos se distribuyen en los países en desarrollo a precios muy bajos, entonces las compañías no obtendrían ganancias por esas ventas y no tendrían incentivos para desarrollar actividades inventivas; entonces, se debe tratar de equilibrar estos dos aspectos. Este libro revisa varias propuestas distintas sobre cómo abordar el problema. Una de ellas, la cual probablemente conocen, es el acuerdo TRIPS que se aplica en muchos países miembros de la Organización Mundial de Comercio, el cual contiene en el artículo 31 una disposición sobre licencias obligatorias y la Declaración de Doha y la decisión posterior del Consejo interpretan que esa disposición faculta a los países en desarrollo a declarar emergencias de salud y a cancelar una patente, otorgar licencias obligatorias a las compañías de genéricos ya sea dentro de su jurisdicción o comprar medicamentos genéricos, por ejemplo, de la India o Brasil y venderlos a sus ciudadanos a precios mucho más bajos de

los que se ofrecerían bajo la patente, pero este mecanismo es imperfecto, en parte porque existe un alto nivel de entes administrativos asociados al mismo, lo cual ayuda a explicar el hecho de que dicha disposición no haya sido invocada todavía debido a su carga administrativa. La otra limitación de esa solución es que no hace nada por abordar el problema del incentivo, de hecho más bien empeora el problema del incentivo porque implica que los beneficios económicos para las empresas por el desarrollo de medicamentos para el tratamiento de enfermedades en los países en desarrollo son aún menores cuando sus licencias obligatorias están en juego. Entonces se debe buscar otros mecanismos que estimulen la innovación, que incluyan aspectos como ventajas tributarias ofrecidas por los gobiernos de los países desarrollados, donaciones de organizaciones de donación internacionales, compromiso de compras de ciertas vacunas, si se desarrollan exitosamente, compromisos de consorcios de los países en desarrollo y los países desarrollados, todas esas cosas mejorarían los incentivos. Otra posibilidad que analizamos con mayor amplitud en el libro consiste en impulsar, en las compañías farmacéuticas en Estados Unidos, Japón y Europa Occidental, ya sea establecidas o casi establecidas, una regla que obligue a cada una de ellas a alcanzar una producción total al año.

3. Por lo general los países que ahora son principales exportadores de propiedad intelectual comenzaron con sistemas de protección de la propiedad intelectual bastante flexibles, lo que precisamente favoreció el desarrollo de las industrias bajo esta categoría. No obstante, ahora a través de los tratados de libre comercio Estados Unidos está comenzando a exportar este modelo a los países de América Latina, ¿cree usted que esto tiene sentido y por qué? y en qué medida este sistema que Estados Unidos está promoviendo en los países en desarrollo, como el Perú, puede ser beneficioso para estos?

Bueno, esto tiende a depender del contexto, es decir que algunos aspectos de la

implementación en los países en desarrollo de los lineamientos del TRIPS o de los lineamientos adicionales del TRIPS que se garantizan en el Perú a través de negociaciones bilaterales, algunos aspectos de la implementación de nuevas reglas son beneficiosos para los países en desarrollo; por ejemplo, es probable que sea necesario contar con una protección más eficiente para los derechos de autor, para las películas o la música para reconstruir la industria nacional de películas y música, así que no está en juego simplemente proteger a Hollywood o a las disqueras, sino reconstruir las industrias nacionales que por lo general no pueden sobrevivir actualmente debido a los altos niveles de reproducción no autorizada de materiales. Así, en algunas circunstancias, la justificación afirmativa de esta iniciativa, es decir, que ayudará a los países en desarrollo, es cierta. En otros contextos, la respuesta es mucho menos clara, por ejemplo, retomando el problema de las compañías farmacéuticas es poco probable que el requerimiento, parte central del acuerdo TRIPS, de que todos los países reconozcan las patentes de los productos farmacéuticos, beneficie a los países en desarrollo; la única forma en la que lo haría sería estimulando una industria farmacéutica local o creando un incentivo para que las compañías en otros lugares elaboren productos que curen las enfermedades en los países en desarrollo. Acabo de explicar por qué el sistema actual funciona mal en ambos frentes. Entonces, la respuesta es combinada, algunas dimensiones de esta imposición de un régimen de propiedad intelectual estricto en realidad sí benefician a los países en cuestión mientras que otras no.

4. Teniendo en cuenta la nueva tecnología de las tendencias legales en un mundo cada vez más globalizado, ¿cuál es su opinión acerca de los *creative commons*? ¿Cree usted que una herramienta como los *creative commons* pueden implementarse satisfactoriamente en un país en desarrollo?

Si, creo que los *creatives commons* son una excelente innovación, es una gran idea, es una idea simple pero muy poderosa. La idea es

que muchos propietarios de derechos de autor no necesitan ni quieren tener tantos derechos como los que les otorgan las leyes de derechos de autor, preferirían entregar al público una parte de sus derechos. Normalmente los propietarios de derechos de autor desean retener el derecho de atribución, el derecho a recibir el crédito por su trabajo y, algunas veces, desean retener el derecho de explotar su trabajo comercialmente, y por lo general les alegra que otros lo exploten, pero no comercialmente, y con frecuencia, pero no siempre, les alegra que otras personas usen sus cosas para desarrollar otros trabajos, los llamados trabajos derivados, en tanto no lo hagan con fines comerciales. Esos son solo ejemplos de tipos de licencias que muchos propietarios de derechos de autor quisieran lanzar al mundo y los *creative commons* constituyen un mecanismo efectivo para hacerlo, les brinda un dispositivo para hacerlo y un dispositivo para hacer pública su licencia sobre la cual otras personas podrán basarse. Existen millones de licencias de *creative commons*, millones de propietarios de derechos de autor y millones de trabajos otorgados bajo licencia en este sistema, expandiéndose rápidamente en muchos países. Es cierto que los *creative commons* no son una solución para todos los problemas, hay algunos campos, como la música y las películas, en los que el problema central que confrontan los legisladores actualmente es idear una forma para que los creadores reciban una retribución, un pago cuando otras personas usan sus cosas sin perder la enorme ventaja de la distribución por Internet de copias digitales y ese es un problema difícil y no puede solucionarse con los *creative commons* porque en ellos no existe un sistema de retribución, son gratuitos; entonces los *creative commons* presentan excelentes beneficios pero no solucionan todos los problemas.

5. El sistema de concesión de patentes de software es un tema controversial porque las patentes no protegen lo que llamamos la "creación" como lo hace la legislación sobre propiedad intelectual, pero en su lugar, establece el monopolio de una idea con una aplicación industrial